

Notat

Til: NHO, Spekter og Virke
Fra: Wiersholm, Mellbye & Bech
Ansv. advokat: Anders Ryssdal
Dato: 20. januar 2012

1. INNLEDNING/OPPSUMMERING

Vi har fått i oppdrag av NHO, Spekter og Virke å vurdere rettslige problemstillinger knyttet til Arbeidsdepartementets høring av 12. desember 2011 *"Forslag til tiltak for å sikre at regler vedrørende inn- og utleie av arbeidskraft etterlevs"*. Høringen er et resultat av regjeringens tiltakspakke som har som formål å sikre gjennomføring av likebehandlingsprinsippet i henhold til kravene i EUs vikarbyrådirektiv¹. Høringsnotatet er en tilleggshøring til departementets notat av 10. september 2010 – *"Høring om konsekvenser av vikarbyrådirektivet"*.

I punkt 2 har vi vurdert hvorvidt forslaget om å innføre innsynsrett for tillitsvalgte i innleiebedriften kan være et brudd på organisasjonsfriheten. Videre har vi i punkt 3 kort vurdert innsynsretten opp mot personvern hensyn. Endelig har vi i punkt 4 vurdert om forslaget om å innføre solidaransvar for innleievirksomheten for den innleide arbeidstakerens lønn kan være en restriksjon i strid med EØS-avtalen.

Vi viser til at NHO, Spekter og Virke har bedt oss om å vurdere kun spesielt disse menneskerettslige og EØS-rettslige problemstillingene knyttet til forslaget om å lovfeste en innsynsrett for tillitsvalgte i innleiebedriften i innleide arbeidstakeres lønns- og arbeidsvilkår, samt forslaget om å innføre et solidaransvar for innleiebedriften for den innleide arbeidstakers lønn. Notatet er ikke en juridisk gjennomgang av forslagene i sin alminnelighet, og er begrenset til de spørsmålene NHO, Spekter og Virke har stilt. Arbeidsrettslige forhold og nasjonale personvernrettslige problemstillinger er ikke behandlet. Innsynsretten er heller ikke vurdert EØS-rettslig i dette notatet, men en lignende ordning har vært vurdert i forbindelse med allmenngjøringsloven i en juridisk utredning av Hjelmeng og Kolstad.²

Oppsummeringsvis har vi følgende bemerkninger:

- Det er gode holdepunkter for at forslaget om innsynsrett vil være i strid med prinsippet om negativ organisasjonsfrihet i EMK artikkel 11. Forslaget innebærer at de innleide arbeidstakernes organisasjonsfrihet kommer under press, og forslaget fremstår som et unødvendig tiltak for å sikre etterlevelse av likebehandlingsprinsippet. Dette tilsier under enhver omstendighet at forslaget, og alternative tiltak, burde ha vært nærmere utredet.
- Forslaget om innsynsrett for tillitsvalgte kan være i strid med personvern hensyn sammenholdt med prinsippet om rett til privatliv etter EMK artikkel 8. Dette er også et spørsmål som burde ha vært nærmere utredet.

¹ 2008/104/EF

² *Allmenngjøringsloven og innsynsrett – EØS-rettslige problemstillinger*, Kolstad og Hjelmeng, 2006, *Arbeidsrett* 2006 s. 1 .

- Innføring av solidaransvar for en innleievirksomhet utgjør en restriksjon etter EØS-avtalen art 36. Vi kan ikke se at en slik ordning vil være i pakt med det EØS-rettslige proporsjonalitetsprinsipp. I den forbindelse vil vi fremheve følgende forhold;
 - ✓ Vikarbyrådirektivet sikrer allerede et vern av vikarbyråansatte som står i rimelig forhold til formålet.
 - ✓ Det foreligger ikke god nok dokumentasjon på at det er behov for et solidaransvar for innleievirksomheter. Lønnsgarantiordningen ivaretar behovet for beskyttelse av ansattes krav på lønn.
 - ✓ Det finnes mindre inngripende tiltak som for eksempel dokumentasjonskrav til vikarbyråer som kunne vært innført i stedet.
 - ✓ Ordningen synes å være en særnorsk ordning, og innebære at vikarer i realiteten får bedre beskyttelse for sine lønnskrav enn vanlig ansatte.
 - ✓ Restriksjonen vil hindre fri flyt av tjenester innenfor EØS-området.

2. ER FORSLAGET OM INNSYNSRETT I STRID MED PRINSIPPET OM ORGANISASJONSFRIHET?

2.1 Innsynsrett etter allmenngjøringsloven sammenlignet med det foreliggende forslaget

Det eksisterer i dag en ordning med innsynsrett i lønns- og arbeidsvilkår i allmenngjøringsloven. Hjemmelen for dagens ordning med innsyn følger av allmenngjøringsloven³ § 11 femte ledd der det heter:

"Enhver som er underlagt tilsyn etter første ledd, skal når oppdragsgivers tillitsvalgte krever det og uten hinder av taushetsplikt, fremlegge opplysninger om lønns- og arbeidsvilkår for arbeidstakere i virksomheter som utfører arbeid som er omfattet av vedtak om allmenngjøring. Innsyn kan kreves av tillitsvalgte som representerer den organisasjonen som er part i den allmenngjorte tariffavtalen."

Det følger av bestemmelsens første ledd at tillitsvalgtes innsynsrett kommer i tillegg til Arbeidstilsynets plikt til å føre tilsyn med at lønns- og arbeidsvilkår etter vedtak om allmenngjøring etterleves. Annet ledd fastslår dessuten at Arbeidstilsynet har kompetanse til å gi pålegg og treffe vedtak som er nødvendige for gjennomføring av vedtak om allmenngjøring.

I § 8 i forskrift om informasjons- og påseplikt og innsynsrett⁴ er utstrekningen av de tillitsvalgtes innsynsrett nærmere presisert:

"Det kan bare kreves innsyn i lønns- og arbeidsvilkår til arbeidstakere som utfører arbeid som er omfattet av en allmenngjøringsforskrift."

Forslaget om generell innsynsrett i innleide arbeidstakeres lønns- og arbeidsvilkår ble fremmet allerede i høringsbrevet 10. september 2010. I NHOs hørings svar påpekte NHO eksplisitt at forslaget har en side til prinsippet om organisasjonsfrihet. Dette innspillet er ikke kommentert av Arbeidsdepartementet i høringsbrevet til tilleggshøringen.

Arbeidsdepartementet har kun gitt en kort begrunnelse for forslaget om innsynsrett, og viser til at dette er et tiltak som kan sikre at likebehandlingsprinsippet etterleves. Det heter på side 31 i høringsbrevet:

"Departementet mener derfor at tillitsvalgte hos innleier skal kunne kreve at innleier dokumenterer at den innleide arbeidstakeren har vilkår etter

³ LOV-1993-06-04-58

⁴ FOR 2008-02-22 nr 166

likebehandlingsprinsippet. Den foreslåtte ordningen blir tilsvarende som den som finnes i forskrift om informasjons- og påseplikt og innsynsrett § 7, men med den forskjell at ordningen gjelder generelt, og ikke kun i virkeområdet til en allmenngjøringsforskrift."

I tilleggshøringen av 12. desember 2011 er forslaget noe utdypet med hensyn til hvordan innsyn skal skje. Det heter på side 12 i høringsbrevet:

"Det er klart mest hensiktsmessig at de tillitsvalgte skal rette et ev. krav om innsyn mot sin egen arbeidsgiver. En rett til innsyn vil derfor i praksis være avhengig av at vikarbyrået opplyser innleievirksomheten om hvilke vilkår som er avtalt. Forutsatt at det innføres en slik innsynsrett, foreslås det således også at det lovfestes en plikt for vikarbyrået til å gi slike opplysninger til innleievirksomheten."

Arbeidsdepartementet har imidlertid ikke utformet et konkret forslag til bestemmelsen om innsynsrett.

I motsetning til dagens ordning om innsyn etter allmenngjøringsloven, gjelder det foreliggende forslaget generelt for innleide arbeidstakere fra andre virksomheter, og ikke kun for arbeid innenfor virkeområdet til en allmenngjøringsforskrift. Det foreliggende forslaget vil derfor innføre et nytt prinsipp, ved at tillitsvalgte gis innsyn i forhold som ligger utenfor virksomhetsområdet til egen bedrift. Forslaget om innsynsrett er dermed betydelig videre enn den eksisterende ordningen i allmenngjøringsloven. Dette viser at tiltaket vil bli svært inngripende, og derfor ikke kan forsvares med mindre det ansees nødvendig på bakgrunn av klart dokumenterte behov.

2.2 Hvordan ordningen med innsynsrett kan antas å virke

Forslaget om innsynsrett innebærer at tillitsvalgte i en bedrift har en generell innsynsrett i lønns- og arbeidsvilkår til samtlige innleide arbeidstakere.

Som følge av dette vil fagorganiserte tillitsvalgte deriblant kunne kreve innsyn i lønns- og arbeidsvilkår til innleide arbeidstakere som har valgt å være uorganiserte, eller som er organisert i andre organisasjoner eller fagforbund enn de tillitsvalgte. Gjennom denne innsynsretten får tillitsvalgte en kontrollfunksjon med at likebehandlingsprinsippet etterleves, samtidig som de tillitsvalgte er fagforbundenes representanter, og har som formål å arbeide for egne medlemmers interesser på egen arbeidsplass. De tillitsvalgte skal dermed både opptre som kontrollører for staten, og som representanter for fagforbundene. Dette er i seg selv en uheldig blanding av roller.

Det vil også kunne være motstridende interesser mellom de tillitsvalgte og de innleide arbeidstakere de får informasjon om. Mange arbeidstakerorganisasjoner har som klar og uttalt målsetting å begrense bruken av midlertidig og innleid arbeidskraft.

Et viktig spørsmål er hvordan utøvelse av innsynsrett vil oppfattes av de innleide arbeidstakerne.

I Fafos rapport om evaluering av tiltak mot sosial dumping⁵ gis det en oversikt over stauts i bemanningsbransjen i Norge hvor det blant annet heter⁶:

"Bemanningsbransjen er preget av lav organisasjonsgrad og av å ha kun et fåtall tariffavtaler på virksomhetsnivå."

I Fafo-rapporten⁷ fremgår det videre av NHO Service' statistikk fra 2006–2010 at de bransjene hvor det har vært flest årsverk av innleid arbeidskraft er kontor/administrasjon,

⁵ På oppdrag for Arbeidsdepartementet har FAFO utarbeidet rapporten, *Evaluering av tiltak mot sosial dumping*, 2011:09.

⁶ Side 135.

⁷ Side 140.

lager/logistikk/transport og bygg/anlegg. Ansatte i de siste to bransjer har tradisjonelt sterk fagforeningstilknytning.

At bemanningsbransjen har lav organisasjonsgrad underbygger det problematiske ved forslaget om innsynsrett, ettersom fagorganiserte tillitsvalgte dermed i stor grad vil få innsyn i lønns- og arbeidsvilkår til innleide arbeidstakere som har valgt å ikke være organiserte.

Dette gir støtte for å hevde at den innleide arbeidstakeren kan oppfatte innsynsretten som problematisk, og tilsier at den innleide arbeidstakeren burde ha anledning til å reservere seg mot at tillitsvalgte i innleiebedriften får tilgang til disse opplysningene. Dette synspunktet gjør seg med styrke gjeldende hvor det foreligger tette bånd mellom den tillitsvalgte og fagforeningen, og hvor den tillitsvalgte opptrer som fagforeningenes "forlengede arm". Selv om det som for ordningen i allmenngjøringsloven, lovfestes at de tillitsvalgte har taushetsplikt om opplysningene de får innsyn i, legger forslaget om innsynsrett opp til en form for informasjonsflyt som kan misbrukes.

I tillegg kommer at tillitsvalgte, sammen med de ansatte i innleiebedriften, normalt vil ha en egeninteresse i å begrense virksomhetens bruk av innleid arbeidskraft, ettersom innleid arbeidskraft kan oppfattes som en trussel mot de ansatte i innleiebedriften. En rekke fagforeninger har vært sterke motstandere av vikarbyrådirektivet og økt adgang til bruk av innleid arbeidskraft. En stor del av de tillitsvalgte som tildeles innsynsrett vil være medlemmer med sterk tilknytning til nettopp disse fagforbundene. Det kan derfor ikke utelukkes at innsynsretten i praksis blir et virkemiddel for å vanskeliggjøre bruken av innleid arbeidskraft. Dette gjør det desto mer problematisk å gi de tillitsvalgte en slik innsynsrett, og styrker synspunktet om at innsynet vil kunne oppfattes som negativt for de innleide arbeidstakerne. En uheldig praktisering av innsynsretten vil også direkte motvirke intensjonen i direktivet.

Endelig vil vi bemerke at finansieringen av de tillitsvalgtes arbeid etter det vanlige system skal dekke deres arbeid som tillitsvalgte for egne medlemmer. Dersom tillitsvalgte skal bruke tid og ressurser på å utføre innsyn på vegne av ikke-fagorganiserte arbeidstakere utenfor egen bedrift, vil det bryte klart med dette systemet.

Slutninger om hvordan ordningen må antas å virke utgjør et viktig grunnlag for vurderingen av om prinsippet om organisasjonsfrihet kan anses å være krenket. Vi viser til punkt 2.3.1 om dette.

2.3 Rekkevidden av prinsippet om organisasjonsfrihet

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon ("EMK") artikkel 11 fastslår prinsippet om organisasjonsfrihet:

"(1) Enhver har rett til fritt å delta i fredelige forsamlinger og til frihet til forening med andre, herunder rett til å danne og slutte seg til fagforeninger for å verne sine interesser.

(2) Utøvelsen av disse rettigheter skal ikke bli undergitt andre innskrenkninger enn de som er foreskrevet ved lov og er nødvendige i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet eller offentlige trygghet, for å forebygge uordnet eller kriminalitet for å beskytte helse eller moral eller for å beskytte andres rettigheter og friheter. (...)"

Menneskerettsloven⁸ inkorporerer EMK i norsk rett, og menneskerettsloven § 3 gir de inkorporerte konvensjonene forrang i en eventuell konflikt med annen norsk lovgivning.

⁸ LOV-1999-05-21-30

Til tross for at ordlyden i artikkel 11 kun fastslår en positiv rett til å organisere seg, er bestemmelsen i praksis forstått slik at den også garanterer det motsatte, en frihet fra organisasjonstvang.⁹

At prinsippet om organisasjonsfrihet omfatter både den positive og negative friheten, er bekreftet av Høyesterett. Høyesterett har beskrevet den negative organisasjonsfriheten i den såkalte "Tariffavgiftsaken"¹⁰:

"(...) gir rett til å være uorganisert, og, dersom man ønsker å organisere seg, å velge hvilken forening man vil tilhøre".

Det følger av EMK artikkel 11 at inngrep i rettighetene bare kan forsvares dersom tre sett vilkår er oppfylt: Inngrepet må være i samsvar med lov, ivareta nærmere oppregnede (legitime) formål og være nødvendig i et demokratisk samfunn.

2.3.1 Foreligger det et inngrep?

Kjernen i prinsippet om negativ organisasjonsfrihet er beskyttelsen mot påtvunget medlemskap i bestemte foreninger eller organisasjoner. Selv om forslaget om innsynsrett ikke innebærer at innleide arbeidstakere påtvinges medlemskap i de tillitsvalgtes fagforbund, har forslaget en problematisk side til organisasjonsfriheten, ettersom forslaget medfører at den negative organisasjonsfriheten kommer under press. Ut fra en tolkning av innholdet i prinsippet om negativ organisasjonsfrihet, taler vektige grunner for at forslaget om innsynsrett må underkjennes i medhold av artikkel 11.

Det er den reelle virkningen av ordningen som er avgjørende for den menneskerettslige vurderingen. Forslaget om innsynsrett innebærer at representanter for en fagforening som potensielt ikke har noen tilknytning til den innleide arbeidstakeren, får adgang til den innleide arbeidstakerens lønns- og arbeidsvilkår. Dette er et prinsipielt brudd på den tradisjonelle oppgaven til de tillitsvalgte, som er ivaretagelse av egne medlemmers interesser i bedriften der de er ansatt. Det er videre en uheldig rolleblanding at de tillitsvalgte skal opptre som kontrollører for staten, samtidig som de er representanter for fagforeninger. I tillegg kommer at de tillitsvalgte i fagforbund som ønsker å begrense bruk av innleid arbeidskraft, per definisjon vil ønske å begrense de innleide arbeidstakernes tilgang til arbeidsmuligheter. Det er grunn til å tro at den innleide arbeidstakeren kan oppfatte innsynsretten som klart negativ på grunn av den nevnte interessemotsetningen. Samlet medfører dette et press mot den alminnelig aksepterte negative organisasjonsfrihet.

I juridisk teori¹¹ er det fremhevet at den negative organisasjonsfriheten innebærer at den enkelte må ha mulighet til å velge ikke å slutte seg til en forening "uten dermed å risikere negative følger". Det er fremhevet at "negative følger" har en objektiv og en subjektiv side. Det objektive elementet er knyttet til de faktiske konsekvensene ved å ikke være tilsluttet en bestemt forening, mens det subjektive elementet er knyttet til den enkeltes motvilje mot den aktuelle organisasjonen ut i fra personlig overbevisning.

Den subjektive siden ble vektlagt i en EMD-avgjørelse fra Island¹² som gjaldt hvorvidt en obligatorisk avgift til fordel for en fagorganisasjon som de uorganiserte klagerne ikke ønsket å støtte var en krenkelse av EMK artikkel 11. EMD kom til at avgiften innebar en krenkelse og vektla at fagorganisasjonen arbeidet for EU-medlemskap, noe klageren var sterkt motstander av.

Disse forholdene har betydning i foreliggende sak. Innsynsretten vil kunne oppfattes som en negativ følge av å stå utenfor den aktuelle fagforeningen ved at de innleide arbeidstakere

⁹ Rettsstat og menneskerettigheter, Jørgen Aall, 2011 side 281.

¹⁰ Rt. 2008 s. 1601 premiss 38.

¹¹ Rettsstat og menneskerettigheter, Jørgen Aall, 2011 side 281-282.

¹² Case of Vórdur Ólafsson v. Iceland, 27.07.2010.

utsettes for innsyn fra tillitsvalgte som er tilknyttet en fagforening de har valgt å stå ikke være tilsluttet. Standpunktet om å stå utenfor en fagforening, innebærer at den innleide arbeidstakeren ikke nyter godt av fordelene som følger med et fagforeningsmedlemskap. Samtidig medfører innsynsretten at den innleide arbeidstakeren må akseptere at privat informasjon utleveres til tillitsvalgte tilknyttet nettopp dette fagforbundet. At dette kan oppfattes som en "negativ følge", må være klart, og særlig klart der den innleide arbeidstakeren av personlige overbevisningsgrunner har en motvilje mot medlemskap i den aktuelle fagforeningen, og/eller når vedkommende fagforening ønsker å begrense bruken av innleid arbeidskraft.

Dette tilsier at forslaget vil være et inngrep i den negative organisasjonsfriheten. Dette er en problemstilling som ikke er berørt i høringsnotatene, og som burde ha vært utredet grundig. Herunder burde det vært undersøkt hvordan den eksisterende ordningen med innsynsrett etter allmenngjøringsloven fungerer og oppleves i praksis.

2.3.2 Krav om hjemmel i lov

Forslaget om innsynsrett er begrunnet i behovet for tiltak for å sikre etterlevelse av likebehandlingsprinsippet i vikarbyrået. Det er ikke utformet et konkret forslag, men vi forutsetter at innsynsretten vil bli hjemlet på en måte som tilfredsstillende EMKs lovkrav.

2.3.3 Formål

Kravet til formålmessighet etter EMK artikkel 11 er skjønsmessig angitt. Formålet bak tiltaket er å sikre etterlevelse av likebehandlingsprinsippet. Dette er et vidt formål, noe som tilsier at staten har et betydelig spillerom. Forslaget om innsynsrett er trolig egnet til å sikre etterlevelse av likebehandlingsprinsippet, og tiltaket oppfyller dermed formålkravet i EMK artikkel 11. Det er imidlertid grunn til å stille spørsmål ved om dette er det beste og eneste egnede tiltaket å sikre etterlevelse av likebehandlingsprinsippet. Dette vil bli vurdert i neste punkt.

2.3.4 Nødvendighetsvurdering

Til sist er det slik at et inngrep i den negative organisasjonsfrihet krever en *nødvendighetsvurdering* av inngrepet. Denne vurderingen er nærmere beskrevet i EMDs praksis, blant annet i *Vördur Ólafsson mot Island*¹³:

"the test of necessity in a democratic society requires it to determine whether the interference complained of corresponded to a "pressing social need", whether it was proportionate to the legitimate aim pursued and whether the reasons given by the national authorities to justify it are relevant and sufficient"

Staten må påvise at inngrepet tilsvarer et tvingende samfunnsmessig behov, at det står i forhold til det legitime formål som skal ivaretas, og om de grunner som anføres av de nasjonale myndigheter er relevante og tilstrekkelige. For å ta standpunkt til om grunnene er tilstrekkelige, må man ta utgangspunkt i de offentlige interesser som påropes i saken.¹⁴

Ordbruken "pressing social need" oppstiller en høy terskel for å godta et inngrep. Dette må ses i sammenheng med det sterke vern de utvalgte grunnleggende rettigheter er gitt gjennom EMK.

Det følger av Arbeidsmiljøloven kapittel 18 at det er Arbeidstilsynets oppgave å føre tilsyn med at bestemmelsene i loven overholdes. Dette kan ikke tolkes som at Arbeidstilsynet har en eksklusiv tilsynskompetanse. Derimot viser dette at arbeidsmiljølovens system forutsetter at tilsynskompetansen skal ligge hos offentlig myndighet ved Arbeidstilsynet. Arbeidstilsynets tilsyn medfører intet urimelig press mot den negative organisasjonsfriheten. Arbeidstilsynet er et objektivt organ med bred og lang erfaring med tilsyn på arbeidsplasser,

¹³ Case of *Vördur Ólafsson v. Iceland*, 27.07.2010.

¹⁴ Møse og Aall, Norsk Lovkommentar, note til EMK artikkel 10.

og burde derfor ha den beste kompetansen for å sikre at kravene i arbeidsmiljøloven etterleves.

Dersom forslaget om innsynsrett utformes på samme måte som innsynsretten etter allmenngjøringsloven § 11, vil tillitsvalgte innsynsrett dessuten komme i tillegg til Arbeidstilsynets plikt til å sikre etterlevelse av arbeidsmiljøloven. Økte økonomiske bevilgninger til Arbeidstilsynet vil kunne tilrettelegge for at Arbeidstilsynet kan ivareta denne tilsynsoppgaven alene.

Videre inneholder tilleggshøringen flere andre tiltak enn innsynsrett, med formål å sikre etterlevelse av likebehandlingsprinsippet. Vi viser til høringsbrevets forslag om lovfesting av en plikt for innleievirksomheten til å opplyse vikarbyrået om lønns- og arbeidsvilkår i innleiebedriften, samt en tilsvarende opplysningsplikt for vikarbyrået overfor den innleide arbeidstakeren. Dette er tiltak som ikke krenker den innleide arbeidstakers negative organisasjonsfrihet.

Dette viser at forslaget om tillitsvalgte innsynsrett fremstår som et nødvendig dobbelttiltak, noe som igjen har betydning for proporsjonalitetsvurderingen, og viser at begrunnelsen for inngrepet ikke er tilstrekkelig.

Som et eksempel på hvordan EMD har vurdert nødvendighetskravet viser vi til EMDs dom i saken Sigurdur A. Sigurjónsson mot Island¹⁵ hvor det heter:

"41. The Court does not doubt that Frami had a role that served not only the occupational interests of its members but also the public interest, and that its performance of the supervisory functions in question must have been facilitated by the obligation of every licence-holder within the association's area to be a member. However, the Court is not convinced that compulsory membership of Frami was required in order to perform those functions. Firstly, the main responsibility for the supervision of the implementation of the relevant rules lay with the Committee (see paragraph 20 above). Secondly, membership was by no means the only conceivable way of compelling the licence-holders to carry out such duties and responsibilities as might be necessary for the relevant functions; for instance, some of those provided for in the applicable legislation (see paragraph 22 above) could be effectively enforced without the necessity of membership. Lastly, it has not been established that there was any other reason that would have prevented Frami from protecting its members' occupational interests in the absence of the compulsory membership imposed on the applicant despite his opinions.

Having regard to the foregoing, the reasons adduced by the Government, although they can be considered relevant, are not sufficient to show that it was "necessary" to compel the applicant to be a member of Frami, on pain of losing his licence and contrary to his own opinions. In particular, notwithstanding Iceland's margin of appreciation, the measures complained of were disproportionate to the legitimate aim pursued. Consequently, there has been a violation of Article 11 (art. 11)." (Våre understrekninger).

EMD fant i denne saken at tvunget medlemskap i foreningen ikke var den eneste måten å nå det aktuelle formålet på, og da ble det konkludert med at inngrepet var "disproportionate" i forhold til det i og for seg legitime formålet inngrepet skulle nå.

EMDs helhetsvurdering i denne saken underbygger at forslaget om innsynsrett ikke tilfredsstillende nødvendighetskravet i EMK artikkel 11. Under enhver omstendighet underbygger dette at Arbeidsdepartementet nærmere burde ha utredet hvilke tiltak som er nødvendige og best egnet for å sikre at likebehandling etterleves.

¹⁵ Case of Sigurdur A. Sigurjónsson v. Iceland 30.06.1993

Endelig vil vi påpeke at det vanskelig kan argumenteres for at det er et tvingende samfunnsmessig behov for denne regelen, ettersom forslaget om innsynsrett synes å være et særnorsk forslag for å sikre etterlevelse av likebehandlingsprinsippet, som ikke har vært ansett som et nødvendig tiltak i andre EU-land. Videre er det klart at innsynsrett ikke har vært ansett som et nødvendig tiltak ved implementering av andre EU-rettslige likebehandlingsdirektiv, eksempelvis rammedirektivet om likebehandling i arbeidslivet, jf 2000/78/EF og likestillingsdirektivet, jf. 2006/54/EF.

2.4 Oppsummering

På denne bakgrunn mener vi forslaget om innsynsrett vil innebære en krenkelse av de innleide arbeidstakernes negative organisasjonsfrihet etter EMK artikkel 11. De innleide arbeidstakernes organisasjonsfrihet kommer under press, og det er ikke holdepunkter for å hevde at forslaget er et nødvendig tiltak for å sikre likebehandling.

3. FORSLAGET OM INNSYNSRETT OG PERSONVERNHENSYN

Videre vil vi kort vise til at det i forbindelse med innføring av innsynsrett og solidaransvar i allmenngjøringsloven ble utferdiget en vurdering av de EØS-rettslige problemer ved ordningene.¹⁶ I denne vurderingen vises det til at en innsynsrett etter allmenngjøringsloven kan være i strid med personvern hensyn ved at innsynsretten innebærer at private personopplysninger utleveres til tillitsvalgte. Med henvisning til EMK artikkel 8, bestemmelsen om retten til privatliv, viser vurderingen til at det er tvilsomt om innsynsretten tilfredsstiller kravene til proporsjonalitet i personverndirektivets¹⁷ artikkel 6 og 7. Det er i den forbindelse vist til at det ikke er nødvendig å gi tillitsvalgte rett til innsyn for å sikre vedtak om allmenngjøring.

Vi har ikke vurdert dette spørsmålet nærmere, men bemerker at de samme hensynene som gjør seg gjeldende i forhold til innsynsrett etter allmenngjøringsloven, også gjør seg gjeldende i forhold til det foreliggende forslaget om innsynsrett. Det bemerkes at innsynsrett i arbeidsvilkårene til vikarer i enda sterkere grad vil kunne reise personvern hensyn fordi det må antas at innsyn må gis på individnivå dersom det er likebehandling for den enkelte vikar som er formålet. Problemstillingen knyttet til personvern hensyn er ikke vurdert av Arbeidsdepartementet i høringsbrevet.

4. ER FORSLAGET OM SOLIDARANSVAR I STRID MED EØS-AVTALEN?

4.1 Innledning

I høringsnotatet fra Arbeidsdepartementet om "Forslag til tiltak for å sikre at regler vedrørende inn- og utleie av arbeidskraft etterleves" foreslås det innført et solidaransvar for innleievirksomheten for vikarbyråets plikt til å dekke lønn, feriepenger og eventuelle andre vederlag. Tiltaket begrunnes med at utsikten til å kunne bli stilt solidarisk ansvarlig vil være en sterk oppfordring for innleievirksomheten til å sikre seg at det vikarbyrået man velger følger reglene.

Regelen om solidaransvar er foreslått tatt inn som ny bestemmelse i arbeidsmiljøloven § 14-12 b:

"(3) Virksomheter som leier inn arbeidstakere etter § 14-12, hefter på samme måte som en selvskyldnerkausionist for utbetaling av lønn, feriepenger og ev annet vederlag etter § 14-12 a. Arbeidstaker må fremme skriftlig krav overfor innleievirksomheten senest innen tre måneder etter lønnens forfallsdato. Forfallstiden for feriepenger reguleres av lov 29. april 1988 nr. 21 om ferie. Innleievirksomheten skal betale kravet innen tre uker etter at kravet er kommet frem. Innleievirksomheten kan nekte å dekke

¹⁶ Allmenngjøringsloven og innsynsrett – EØS-rettslige problemstillinger, Kolstad og Hjelmeng, 2006, Arbeidsrett 2006 s. 1 .

¹⁷ 95/46/EF

kravet dersom arbeidstakeren visste at forutsetningen for arbeidsoppdraget var at lønn mv. helt eller delvis skal dekkes av den solidaransvarlige."

Dersom et utenlandsk vikarbyrå eller bemanningsselskap leier ut arbeidskraft til norske bedrifter og dersom de utenlandske arbeidstakerne er ansatt i det utenlandske bemanningsselskapet, foreligger det grenseoverskridende tjenesteyting. De regler som foreslås innført for vikarbyråvirksomhet i Norge har dermed en side til EU-retten, og reglene om fri flyt av tjenester. Spørsmålet er om innføring av et slikt solidaransvar for innleievirksomhet vil kunne utgjøre en restriksjon i relasjon til EØS-avtalens art 36.

EØS-avtalens art 36 har følgende ordlyd:

"Innen rammen av bestemmelsene i denne avtale skal det ikke være noen restriksjoner på adgangen til å yte tjenester innen avtalepartenes territorium for statsborgere i en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat som har etablert seg i en annen av EFs medlemsstater eller EFTA-stat enn tjenesteytelsens mottager."

Innledningsvis bemerkes at et solidaransvar pålegger plikter for en bedrift som velger å benytte seg av en vikartjeneste, og er således tilsynelatende ikke en restriksjon for vikarbyrået som tilbyr tjenestene. Spørsmålet er imidlertid hvordan en slik regel faktisk vil påvirke muligheten for utenlandske vikarbyråer og bemanningsfirmaer til å tilby tjenester i Norge. Dersom en innleiebedrift står i fare for å måtte overta store økonomiske forpliktelser i forhold til å betale lønn til vikarer, er det grunn til å tro at innleievirksomheten vil foretrekke store etablerte nasjonale vikarbyråer.

Den økonomiske risikoen ved å benytte et nyetablert lite utenlandsk vikarbyrå vil være betydelig. Dette viser at innføring av solidaransvar for innleievirksomheten indirekte vil kunne være en restriksjon i forhold til andre tjenesteytere innenfor EØS-området. Nedenfor vil det bli nærmere drøftet (i) om solidaransvaret kan utgjøre en restriksjon etter EØS-avtalens art 36 og (ii) om tiltaket eventuelt kan begrunnes i "tvingende allmenne hensyn" som etter EU-domstolens praksis i tilfelle likevel kan opprettholdes.

I høringsnotatet viser departementet til at vikarbyrådirektivet er et minimumsdirektiv og dermed ikke til hinder for bestemmelser i lovgivning eller tariffavtaler som gir bedre vern for arbeidstakere. Dette betyr imidlertid ikke at direktivet gir større anledning til å innføre restriksjoner i strid med EØS-art 36 enn det som ellers er tilfelle. Tiltak utover direktivet må skje innenfor rammen av EØS-retten.

4.2 Vil solidaransvar kunne utgjøre en restriksjon etter EØS-avtalens art 36?

EØS-avtalens art 36 og art 37 om fri flyt av tjenester innebærer både et diskrimineringsforbud og et restriksjonsforbud. Innføring av et solidaransvar diskriminerer ikke utenlandske vikarbyråer i forhold til norske, og det er spørsmålet om det utgjør en restriksjon som er rettslig relevant. Utgangspunktet for vurderingen fremgår eksempelvis av EU-domstolens avgjørelse i C-439/99 Varemessesaken;

"Traktatens artikkel [43] og [49] stiller krav om ophævelse av restriksjoner for henholdsvis etableringsfriheten og den frie udveksling af tjenesteydelser. Alle foranstaltninger, som forbyder, medfører ulemper for eller gør udøvelsen af disse friheder mindre interessant, skal betragtes som sådanne begrænsninger."

På bakgrunn av denne og andre rettsavgjørelser kan det legges til grunn som en alminnelig regel at tiltak som gjør utøving av tjenesteytelser mellom statene vanskeligere enn tjenesteyting innen en stat, utgjør restriksjoner.¹⁸ Det kan ikke være særlig tvilsomt at et solidaransvar for lønnskrav etc. for innleievirksomheten vil medføre en ulempe for utenlandske vikarbyråer i konkurranse med de norske. Regelen vil vanskeliggjøre bruk av utenlandske bemanningsselskaper av særlig følgende grunner; (i) virksomheten er mindre kjent for kundene, (ii) økonomiske opplysninger som regnskapstall etc. er vanskeligere

¹⁸ EØS-rett 2. utg. sv Sejersted, Arnesen m.fl. s. 443

tilgjengelig, og (iii) det vil være vanskeligere å forfølge et økonomisk krav (eksempelvis krav om regress) rettslig når virksomheten drives fra utlandet. Det siste punktet er særlig viktig i en situasjon der kunden må påta seg et solidaransvar for økonomiske forpliktelser som vikarbyrået hefter for.

I forbindelse med innføring av solidaransvar for oppdragsgiver etter allmenngjøringsloven uttalte Arbeidsdepartementet i Ot.prp.nr.88 (2008-2009) side 49 følgende:

“Solidaransvar vil for eksempel kunne innebære at utenlandske virksomheter utsettes for særlig inngående kontroller og krav om fremleggelse av dokumentasjon. Et solidaransvar må således anes som en restriksjon i EØS-rettslig forstand, se blant annet C-60/03 Wolff & Müller”.

Dette stiller seg ikke annerledes når solidaransvar innføres for et innleieselskap. Det legges derfor til grunn at innføring av et solidaransvar for innleievirksomhet slik det er foreslått i utkast til ny § 14-12 b i arbeidsmiljøloven, vil utgjøre en restriksjon etter EØS-avtalens art 36.

4.3 Er restriksjonen likevel tillatt etter læren om allmenne hensyn?

Det er klar praksis for at restriksjoner på fri flyt av tjenester kan tillates dersom de er begrunnet i tvingende allmenne hensyn.¹⁹ Det foreligger i tillegg et alminnelig EØS-rettslig proporsjonalitetsprinsipp om at et tiltak må være egnet til å oppnå formålet, og at det ikke skal gå lenger enn nødvendig for å oppnå formålet.

4.3.1 Foreligger det allmenne hensyn?

Beskyttelse av arbeidstakere er et allment hensyn som tidligere har blitt anerkjent av EU-domstolen. Beskyttelse av ansatte i et vikarbyrå må på samme måte kunne bli ansett som et allment hensyn.

4.3.2 Er tiltaket egnet til å gi beskyttelse?

Det er etter avgjørelsen i C-60/03, Wolff & Müller, ikke tvilsomt at innføring av et solidaransvar for lønn vil være egnet til å gi beskyttelse. Det ble i den avgjørelsen slått fast at et solidaransvar for betaling av minstelønn var en fordel for en utstasjonert arbeidstaker fordi det blir tilføyet en supplerende debitor som hefter solidarisk, og som generelt er mer solvent. Samme vurdering må legges til grunn ved vurderingen av om solidaransvar for innleievirksomheten er egnet til å gi beskyttelse til vikaren. Også her vil det komme en supplerende debitor som gir økt sikkerhet for at kravet dekkes.

Det vil imidlertid variere om det er vikarbyrået eller innleievirksomheten som vil være mest betalingsdyktig. Graden av beskyttelse for vikarene vil derfor fremstå noe tilfeldig. Dersom innleieselskapet har dårlig økonomi vil ikke solidaransvaret ha særlig effekt. Tiltaket er derfor egnet til å gi beskyttelse for noen vikarer.

4.3.3 Er tiltaket proporsjonalt med formålet

Spørsmålet er imidlertid om tiltaket som nå er foreslått om et solidaransvar for innleievirksomheten er proporsjonalt med formålet. Prinsippet om proporsjonalitet innebærer at målet ikke må kunne nås på en mindre inngripende måte, og at det som oppnås står i forhold til inngrepet i den frie bevegelse.

I utkast til høringsbrev fra departementet om nye regler for innleie- og utleievirksomhet er forslaget om solidaransvar i svært liten grad begrunnet. Det vises til at ordningen vil være en *“oppfordring for innleievirksomheten til å sikre seg at det vikarbyrået man velger følger reglene”*. I tillegg vises det til at *“et solidaransvar for innleier ikke vil være urimelig ut fra at innleievirksomheten faktisk utøver vesentlige arbeidsgiverfunksjoner i den perioden*

¹⁹ Se C-165/98, C-164/99 og C-60/03

arbeidstaker er innleid". Det er også vist til positive erfaringer med samme ordning i allmenngjøringsloven og at innføringen ikke har medført vesentlige likviditetsbelastninger. Det legges til grunn at forslaget vil bli begrunnet nærmere i en eventuell senere proposisjon til Stortinget, men de foreløpige redegjørelsene tyder på at begrunnelsen for forslaget er mangelfull.

Ut i fra den foreslåtte lovteksten må det antas at innføring av et solidaransvar har et formål ut over det som følger av prinsippet om likebehandling; nemlig å sikre at en vikar får dekket sitt krav på lønn. Det foreligger imidlertid liten informasjon om at manglende betaling av lønn til vikarer utgjør et reelt problem. Av høringsnotatet fremgår at påleggene som har vært gitt i forbindelse med tilsyn med bemanningsforetak er relatert til arbeidstid, vernetjeneste og systematisk HMS-arbeid. Det er ikke vist til noen eksempler på at manglende lønnsutbetaling er et stort problem innenfor bemanningssektoren. At et tiltak innføres uten en klar angivelse av hvilket problem det tar sikte på å løse, vil lettere føre til at det blir vurdert å være i strid med prinsippet om proporsjonalitet.

Vi peker videre på at høringsnotatet er mangelfullt hva gjelder å analysere betydningen av forslaget opp mot allerede eksisterende ordninger som er etablert for å sikre dekning av ansattes lønn. Lov om statsgaranti for lønnskrav ved konkurs ivaretar langt på vei de samme målsettinger som innføring av et solidaransvar. Etter forskriften til loven er det klart at lønnsgarantien også omfatter lønn til arbeidstakere som har utført arbeid i Norge for arbeidsgiver hjemmehørende i annet EØS-land. Dette er tilfellet ved innleie fra et utenlandsk vikarbyrå. At det allerede finnes iverksatte tiltak som ivaretar ansatte og vikarer på en tilfredsstillende måte, vil kunne medføre at et solidaransvar vil bli vurdert å være for inngripende. At tiltaket synes å være et særnorsk fenomen styrker oppfatningen om at tiltaket vil kunne bli oppfattet som unødvendig, og i strid med prinsippet om proporsjonalitet.

I en avgjørelse fra EU-domstolen, C-346/06, Ruffert mot Land Niedersachsen, ble en minstelønnsbestemmelse i Tyskland ansett for å være i strid med artikkel 49 (tilsvarende art 36 i EØS-avtalen) i EF-traktaten fordi den gikk lenger enn den minimumsbeskyttelse som fulgte av utstasjoneringsdirektivet art 3. Proporsjonalitetsprinsippet var ikke en del av drøftelsen, men avgjørelsen illustrerer likevel et viktig rettslig poeng; dersom det foreligger EU-lovgivning som gir en minimumsbeskyttelse, skal det mer til at for at nasjonale tiltak som går ut over dette kan aksepteres. Dette gjelder særlig når tiltakene ut over direktivene utgjør restriksjoner i den frie flyten av varer og tjenester. Når de nasjonale tiltakene i tillegg kan hevdes å motvirke selve intensjonen i et direktiv, er det klart at slike tiltak ikke kan opprettholdes. Det vises til at et solidaransvar de facto vil kunne utestenge mindre utenlandske vikarbyråer fra det norske markedet.

EUs vikarbyrådirektiv er nettopp et direktiv som gir en minimumsbeskyttelse til en yrkesgruppe som risikerer å bli utsatt for sosial dumping. Som det fremgår av punkt 12 i direktivets fortale; *"Dette direktiv oppstiller en ramme for beskyttelse av vikar-ansatte som er ikke-diskriminerende, gennemsiktig og står i rimelig forhold til formålet, samtidig med at den respekterer arbeidsmarkedernes og arbeidsmarkedsrelationernes forskjellighet"*. Av formuleringen *"står i rimelig forhold til formålet"* fremgår at beskyttelsen som direktivet gir allerede har vært gjenstand for en proporsjonalitetsvurdering. EU har allerede tatt stilling til hva som er en rimelig balanse mellom hensynet til beskyttelse av vikarer og hensynet til den frie flyten av tjenester over landegrensene. Motsetningsvis innebærer det at tiltak som går utenfor rammene av direktivet lettere vil bli oppfattet å være i strid med prinsippet om proporsjonalitet.

Formålsbestemmelsen i artikkel 2 er også illustrerende; *"dette direktiv har til formål at beskytte vikaransatte og forbedre kvaliteten af vikararbejde (...)"*. Dette skal imidlertid veies opp mot behovet bransjen har for gode rammebetingelser; *"samtidig med, at der tages hensyn til behovet for at etablere passende rammer for anvendelsen af vikararbejde med henblikk på at bidrage effektivt til at skabe arbejdspladser og til at udvikle fleksible former for arbejde"*. Vern av vikarer skal med andre ord veies opp mot hensyn til næringsutvikling

og arbeidsplasser. Etter vårt syn vil direktivet selv utgjøre et viktig moment i en proporsjonalitetsvurdering, og gi støtte til et standpunkt om at tiltak utover direktivet lett kunne bli oppfattet som i strid med EØS-retten.

Det foreligger to sentrale avgjørelser fra EU-domstolen som gjelder solidaransvar for lønns- og arbeidsvilkår. Den første er sak C-60/03, Wolff & Müller, som gjaldt solidaransvar for betaling av allmenngjort minstelønn i byggebransjen i Tyskland. Domstolen tok stilling til om utstasjoneringsdirektivet var til hinder nasjonale bestemmelser om solidaransvar for betaling av minstelønn, og kom til at direktivet ikke var til hinder for det. EU-domstolen overlot imidlertid den konkrete proporsjonalitetsvurderingen til den tyske domstolen. Den tyske domstolen har i ettertid kommet til at ordningen er i samsvar med EØS-retten. Den andre avgjørelsen om solidaransvar er C-433/04, Kommisjonen mot Belgia. Saken gjaldt imidlertid en ordning der oppdragsgiver og entreprenører skulle ha et solidarisk ansvar for betaling av medkontrahenters skattegjeld. Domstolen slo fast at ordningen vanskeliggjorde adgangen til det belgiske markedet. I drøftelsen viser den til at det finnes mindre inngripende virkemidler for å bekjempe skattesvik. Når det gjelder solidaransvaret viser domstolen til at;

”et mindre restriktivt middel have været at fastsætte mulighed for, at tjenesteydere kan bevise, at deres fiskale situasjon er regelret, eller at tillade opdragsgivere og entreprenører at undgå den solidariske hæftelse, hvis de har opfyldt visse formaliteter med henblik på at sikre, at de leverandører af tjenesteydelser, som de agter at kontrahere med, befinder seg i en regelret situation”.

Selv om solidaransvaret i denne saken hadde som formål å unngå skatteunndragelser, er den et godt eksempel på den helt konkrete vurderingen domstolen foretar av om det kan finnes mindre inngripende virkemidler. Krav om å undersøke medkontrahents økonomiske situasjon er et slikt virkemiddel. På samme måte kunne en tenkt seg at vikarbyråer må kunne dokumentere at de er solvente i stedet for å innføre et solidaransvar for innleievirksomheten. Verken Wolff & Müller eller Kommisjonen mot Belgia gir imidlertid et klart svar på hvordan en norsk ordning med solidaransvar for innleievirksomhet vil bli vurdert. Det er imidlertid verdt å merke seg at i den avgjørelsen der EU-domstolen går inn i en konkret vurdering av proporsjonalitet, mener de at innføring av solidaransvar er for inngripende.

Innføring av et solidaransvar for en innleievirksomhet vil medføre en situasjon der vikarer får et bedre vern for sitt lønnskrav enn en vanlig ansatt. En vanlig ansatt har kun en debitor for sitt lønnskrav, mens en vikar etter det nye forslaget vil få to. At innleievirksomheten blir selvskyldnerkausjonist og ikke bare simpel kausjonist gjør ordningen i tillegg svært gunstig for en vikar. Det er grunn til å stille spørsmål ved en ordning som gjør at vikarer får et sterkere vern enn fast ansatte, og etter vårt syn styrker dette et synspunkt om at ordningen vil stride mot prinsippet om proporsjonalitet.

4.4 Oppsummering

Etter vårt syn vil innføring av solidaransvar for en innleievirksomhet utgjøre en restriksjon etter EØS-avtalen art 36. Vi kan ikke se at ordningen vil være i henhold til proporsjonalitetsprinsippet. Ordningen slik den er foreslått synes å være særnorsk, og vil virke inngripende på fri flyt av tjenester. Det er ikke dokumentert behov for ordningen, og ordningen med statlig lønnsgaranti beskytter allerede ansattes lønnskrav. At vikarers lønnskrav skal være bedre sikret enn vanlig ansattes lønnskrav er ytterligere et argument for at ordningen ikke vil bli ansett proporsjonal.